MECELLE HAKKINDA ÖNBİLGİ NİTELİĞİNDE YAZI

Uygarlıkların beşiği olan Anadolu ve Mezopotamya, "Kanunlaştırma – Kodifikasyon Hareketlerinin"de önemli merkezlerinden biridir. Ur, Sümer, Akkad ülkesi Kralı Nammu'nun Kodifikasyonu M.Ö. 2100 yılında yayınlanmıştır. Bu kanunname, bir sonraki hanedan döneminde yenilenerek Lipit- İştar Kanunnamesi adını almış ve hak ve adalet kavramlarının önemi vurgulanmıştır.

Ve arkasından tüm dünyanın çok iyi tanıdığı Hammurabi Kodifikasyonu bu toprakların ve tüm dünyanın bilinen en eski sistematik hukuk anıtı olarak M.Ö. 1175 yılında yürürlüğe girmiştir. (Bu konular için bknz. GAUDEMET, Jean. La naissance du droit, Paris 1999, Montchrestien)

Anadolu'nun en gelişmiş hukuk hareketini, bizlerin atası olarak kabul edebileceğimiz Hititlerde görmekteyiz. M.Ö. XVII yüzyıla kadar uzanan Hitit Kanunlaştırma hareketleri M.Ö. XIV. yüzyılda sistematik hale dönüşmüştür. Öyle bir sistemleştirme, öyle bir hukuk bilinci ki kölelere bile haklar sağlıyor. Kralı denetleyen Panku adındaki meclis onu tahtan indirebiliyor. (Hitit Hukuku için bknz. Doğan, Erdal : Hitit Hukuku, Güncel Yayıncılık 2008)

Henüz Roma XII Levha Kanunları dikilmemişken, henüz Atina'da Solon yokken Anadolu'da hak ve hukuk bilinci gelişmişti.

Hukuk geleneği bu toprakların ruhuna işlemiştir. Roma Hukukunun gelişim sürecinde, Halikarnaslı Denys gibi Anadolu'lu hukukçu devlet adamlarının katkılarını görmekteyiz.

Ve nihayet bu günkü Batı Hukuk sisteminin temel kaynağı olan Corpus Iuris Civilis, Justinianus Kodifikasyonu... Yıl 529 ve 534. Yer Kostantinopolis, bu günün İstanbul'u... Kodifikasyonu gerçekleştiren heyetin çalışma mekanı Bizans Sarayı, bu günkü İstanbul Üniversitesi Merkez Bina. Gönül isterdi ki Merkez Bina'nın bahçesine bir hukuk anıtı dikilsin, Corpus Iuris Civilis'e ve onun mimarı hukuk ve devlet adamlarına yer verilsin, böylelikle bu toprakların hukuk bilincine sahip çıkılsın.

İslam dinine geçen Türkler, İslam Hukuk sistemi içerisine girdiler. İslâm Hukukunun temel kaynakları Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas idi. Ancak bu temel kaynaklar, yaşanılan coğrafyanın eski hukuk sistemi ile meczedilmekteydi. Oturmuş hukuk sitemine İslâmi esaslar getiriliyordu. İmam Şafi Roma Hukukunu iyi bilmekteydi. (Bu etkileşim için bkz. LADJILI-MOUCHETTE, Histoire de La Mediterranée, Droit Romain, Droit Musulman, Tunus 1990, Publication scientifique Tunisienne)

İslam Hukuku – Roma Hukuku etkileşiminin daha da ilerisine gidebilen Osmanlı, Örfî Hukuk sistemini kurarken Doğu Roma Hukuk sistemini örnek alır. İstanbul'un fethiyle birlikte Şeyhülislâm güçlü ve resmî bir hukuk otoritesi haline gelir. Daha önce hiçbir İslam Devletinde şeyhülislamlık kurumu yoktu. İcraatın dine uygun olup olmaması halifenin takdirindeydi. Ulemadan fikir alınırdı, ancak son karar mercii Halife idi. Oysa Osmanlı'da devlet düzenine ilişkin yeni bir kural ihdas edilirken, Sultan dinen caiz olup olmadığını Şey-hülislâm'a sorardı. Benzer türde icazet alma sistemi Bizans'ta da mevcuttu. İmparator,

Patrikten icazet alarak yeni hukuk kuralları koyabilmekteydi.

Batı'da XVIII. Yüzyılda başlayan kanunlaştırma hareketleri XIX yüzyılda Osmanlı ülkesini de etkilemeye başlar. 1804 Napoleon Kodifikasyonu Avrupa'da yankılar uyandırarak tüm ülkeleri harekete geçirmeğe başlamıştır. Almanya bir parça dirense de sonunda o da teslim olmuştur.

II. Mahmut ile birlikte Osmanlı'da başlatılan hukuk hareketlerinin sisteme bağlanması zorunluydu. İki eğilim vardı, Ali ve Fuat Paşa gibi devlet adamları, Batı Hukuk Sistemini alıp, İslâm Hukukuyla sentezleştirmek isterken, Ahmet Cevdet Paşa Osmanlı geleneğinden yol alınarak kanunlaştırma cihetine gidilmesinden yanaydı. Ahmet Cevdet Paşa ısrarlıydı. Böylelikle Mecelle Cemiyeti tarafından dokuz yılda tamamlanan Mecelle, 1876'da "Kaza" kitabının kanunlaşması ile son aşamaya geldi ve 1926 yılına kadar yürürlükte kaldı.

Mecelle ile birlikte Anadolu Hukuk bilinci belki de doruğuna ulaştı. Cumhuriyet dönemi kananlaştırma hareketleri evrensel niteliktedir. İnsanlık kültürünün ortak eseridir. Onun içinde ana damar Anadolu'dan, Hitit'ten, Mezopotamya'dan, Corpus Iuris Civilis'ten gelir. Mecelle'de bu evrenselliğe İslâm motifi getirmiştir.

Mecelle'yi bu günkü Türkçe'yle yayına hazırlayan duayen Avukat Sayın Cengiz İlhan, tüm bu Anadolu hukuk bilinci serencamında, evrensel kültür içerisinde yer alan Mecelle'yi bizlere tanıtıyor. Geçmiş dilden, geçmiş kültür ve hukuktan uzak kalan bizler, böylelikle bu kodifikasyonun görkeminin farkına varıyoruz.

Sayın Cengiz İlhan daha önce Mecelle'nin ilk 99 maddesini bugünkü Türkçe'ye kazandırmıştı. Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı yayınları arasında yer alan o kitaba da fakir önsöz yazmıştı. Tekrar lütfettiler önsöz yazmamı istediler. Onur duydum. Sayın Avukat Cengiz İlhan sadece uygulamada değil kuramda da Türk Hukuk Hayatına önemli katkılar getirmiştir. Bilge hukukçu Cengiz İlhan'ın eserlerinde "çorbada tuzumuz olması", aile geleneğim açısından da beni onurlandırmaktadır. Üstadın bir önceki çalışmasında belirttiğim gibi, Mecelle çalışmalarında katkısı olan ve "Mir'atı Mecelle" adlı şerhin müellifi Mesut Efendi, fakirin anne tarafından büyük dedesidir.

Sayın İlhan, Mecelle'nin hükümlerini son derecede sade bir dille sunmaktadır. Sade dil Mecelle'nin evrensel ve çağcıl niteliğini gözler önüne seriyor. Eski dil, belki de bugün bu niteliği bizlere yansıtmamaktadır. Anlıyoruz ki, modern hukuk ilkeleriyle Mecelle arasında ortak noktalar mevcut.

Mecelle'nin bugünkü hukuk diliyle yeniden gündeme getirilmesi, hukuk kuramına, hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisine önemli katkılar sağlamaktadır. Bu yapıtı sadece hukukçular değil ülkesini ve kültürü tanımak isteyen tüm aydınlar okumalıdır.
(ÖNSÖZ'den Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM)

Mecelle, Osmanlı Devleti'nin son yüzyılında yaşanan kanunlaştırma gayretlerinin zirvesini oluşturmaktadır. Mecelle, İçtihada-ilkeye dayalı hukuk anlayışının kurallarla sürdürülmesi çabalarının; özellikle Avrupa'da Ondokuzuncu Yüzyılda başlayan kanunlaştırma

hareketlerinin biraz gecikmeli olarak Osmanlı Devletine yansımasının bir ürünüdür.

Özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi ve Osmanlı vatandaşları ile yabancıların yeknesak bir uygulamaya tâbi tutulmasının temin edilmesi geniş kapsamlı bir Kanunun hazırlanıp yürürlüğe konulmasını gerektirmiştir. Fransız Kanunlarının iktibası yolunun izlenmesi yönündeki görüşlere karşı çıkılarak yerli-millî bir düzenleme yapılması gerektiği yönündeki anlayış çerçevesinde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Komisyonu kurulmuş ve bugün kısaca Mecelle olarak anılan bir Mukaddime ve onaltı Kitaptan oluşan 1851 maddelik Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye hazırlanmıştır. Her bir Kitabın ayrı bir komisyonu vardır ve tamamlanan Kitap yürürlüğe konulmuştur.

Mecelle, bugün yürürlükte bulunan hiçbir Kanunun birebir karşılığını oluşturmamaktadır. Mecelle’de Medenî Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında yer alan birçok konu ve kurum düzenlenmiştir. Bu anlamda Mecelle, Özel Hukuk Kanunu niteliği taşımaktadır.

Mecelle’nin Genel İlkeleri’ni oluşturan ilk yüz maddesinde yer alan hükümlerin çoğunu, Hukukun Genel Prensiplerini ifade etmekte kullanılan hukuk vecizeleri olarak nitelendirmek mümkündür[1].

Mecelle, içtihada-ilkeye dayanan bir hukuk anlayışının kurallı hale getirilmesidir. Bu süreçte, kanunlaştırma yöntemlerinden mücerret (soyut) yöntem değil, müşahhas (hadiseci-kazuistik-somut) yöntem benimsenmiştir. Başka bir deyişle, tipleştirme yaparak düzenleme yapmak yerine, her bir ilişki-husus için ayrı kural koyma yolu tercih edilmiştir. Mecelle, bu yönüyle çoğu hukukçu tarafından eleştirilmektedir. Oysa, hazırlandığı dönemin şartları ve bugünkü kanunların kapsamları dikkate alındığında Mecelle’nin somut yönteme göre hazırlanmış olduğunu iddia etmek pek de mümkün değildir. O günün kanun yapma tekniği bakımından kanun metninde hükmün ne anlama geldiğinin açıklanması amacıyla örneklere yer verilmiş olması, bugünün kanun yapma tekniği ile önemli bir farklılık oluşturmaktadır. 1924 Anayasası döneminde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne tanınmış olan tefsir kararı (yasama yorumu) yetkisinin-ayrıcalığının Mecelle’de kanun metninde kullanılmış olduğunu söylemek mümkündür.

Mecelle, Türk hukukçuları tarafından çoğu zaman ifrat-tefrit oluşturacak şekilde nitelendirmelere-değerlendirmelere konu edilmiştir. Bir kısım hukukçu, Mecelle’yi değersiz, işe yaramaz, ortaçağ kalıntısı bir anlayışın ürünü, ihtiyaçlara cevap vermekten uzak bir kanun-metin; bir kısım hukukçu ise, bir şaheser, mükemmel bir kanun, kusursuz ve her derde deva bir metin olarak nitelendirebilmektedir. Oysa Mecelle, her şeyden önce bir insan eseridir; özellikleri, güzellikleri, mükemmellikleri olduğu kadar eksiklikleri de olan bir kanundur. Bu nedenle, sempati ya da antipati ile yaklaşmak yerine, gününün şartları ve ihtiyaçları; kanun yapma teknikleri ve aynı dönemde başka ülkelerde yapılan kanunlar dikkate alınarak bir değerlendirmeye tâbi tutmak gerekir. Bu bağlamda Mecelle’nin iyi hazırlanmış bir kanun olduğu sonucuna varılması mümkündür. Mecelle’de, yer yer arı-duru bir Türkçe; yer yer ağdalı bir Türkçe kullanılmıştır. Komisyonlarda bulunan üyelerin; her Kitabın hazırlandığı dönemin etkisiyle metnin tamamında tam bir dil bütünlüğünden söz etmek mümkün değildir. Ayrıca, her bir Kitabın tamamlandıkça yürürlüğe konulmasının da

bunda etkisi vardır. Kaldı ki, dil bütünlüğü olmaması hususu, sadece ve yalnızca Mecelle hakkında da geçerli değildir. Nitekim, günümüzde hazırlanan kanunlar için de aynı tesbit ve eleştiri yapılabilmektedir.

Mecelle, hazırlanıp yürürlüğe konulduğu dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte bir kanundur. Şüphesiz, Hukuk-u Aile Kararnamesini Mecelle'nin bir tamamlayıcısı olarak kabul etmek gerekir.

Mecelle, hukuk anlayışı, kavrayışı, dili, kavram ve kurum hâkimiyeti bakımından olabildiğince kapsayıcı-kavrayıcı ve olabildiğince eksiksiz sayılabilir.

Mecelle, Cumhuriyet Dönemi kanunlaştırma çalışmalarının da temelini oluşturmaktadır. Ancak, Batı'ya yöneliş nedeniyle Türk Kanun-u Medenisi ile Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den iktibas edilmesi, Avrupa Hukukunun, bu bağlamda İsviçre Medenî Kanunu'nun menşeinin de Roma Hukuku olmasından hareketle Cumhuriyet Dönemi Türk Özel Hukuk sisteminin temelini Roma Hukukunun oluşturduğu düşüncesi egemen olmuştur. Bunun doğal sonucu olarak, Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukunda, Mecelle, neredeyse sadece Türk Hukuk Tarihi malzemesi olarak nitelenir hale gelmiştir. Oysa, bu algı ve anlayışın tutarlı-mantıklı ve gerçek bir temeli/gerekçesi bulunmamaktadır. Mecelle, Cumhuriyet Dönemi Türk Özel Hukukunun önemli kanunlarının temelini oluşturmaktadır. Bunu fark edebilmek, anlayabilmek için Mecelle'yi okuyup anlamak yeterlidir. Medenî Kanun'da, Borçlar Kanunu'nda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, Ticaret Kanunu'nda yer alan çok sayıda hükmün Mecelle hükümleri ile aynı ve/ya da benzer olduğu muhakkaktır. Ancak, Mecelle'nin tamamen yeni kanunlarda yer bulduğu söylenemez. Böyle bir tekrarın gereği de yoktur. Kaldı ki, Cumhuriyet Döneminde – günümüzde aynı alanda yürürlüğe konulan kanunlar için de aynı durum sözkonusudur. Örneğin, Türk Medenî Kanunu Türk Kanun-u Medenisi'nin; Türk Ticaret Kanunu Türk Ticaret Kanunu'nun; Türk Borçlar Kanunu Borçlar Kanunu'nun, Türk Ceza Kanunu Türk Ceza Kanunu'nun; Ceza Muhakemesi Kanunu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tekrarı değildir. Öyle olsaydı, yeni kanun yapmaya gerek olmazdı.

Cumhuriyet Dönemi Türk Özel Hukukunun temelleri arasında Roma Hukukunun önemli bir yere sahip olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, unutulmamalıdır ki, hukuk algısı, anlayışı, kavrayışı ve arayışı evrenseldir. Hukuk, insanlığın ortak malıdır; onu her insan-toplum kullanmalıdır. Bu bağlamda, önceki asırlarda oluşan hukuk kültüründen, birikiminden yararlanarak yeni yeni kurumlar oluşturulmakta, ilkeler benimsenmektedir. Roma Hukuku kadim Ortadoğu ve Doğu hukuklarından etkilenmiştir. Mecelle de İslâm Hukukunu esas almakla birlikte Roma Hukukundan ve çağdaşı diğer hukuk sistemlerinden etkilenmiştir. Nasıl ki, günümüzde yapılan kanunlaştırmalarda yabancı ülke kanunlarından ve uygulamalarından yararlanılarak daha uygun ve düzgün olan, ihtiyaçlara cevap veren kanunlar yapılmaya çalışılmakta ise, tarihin her döneminde bilinen ve ulaşılabilen bilgi birikimi ve tecrübeden yararlanılmıştır.

Mecelle ile günümüz hukukçusunun iletişim kurması gerekir. Çünkü, Cumhuriyet Döneminde yapılan Harf Devrimi ile Mecellenin metnini okuyamayan ve anlayamayan bir nesil ortaya çıkmıştır. Mecelle ile, ya Mecellenin yazı ve anlam dilini öğrenmek ya da onu anladığımız –

bildiğimiz dile çevirmek suretiyle iletişim kurulabilir.

Hukuk Fakültelerinde Osmanlı Türkçesi öğretilmediği; Hukuk Tarihi anabilim dalında görev yapan sınırlı sayıda akademisyen dışında kalan hukukçuların da Osmanlı Türkçesini bilmedikleri dikkate alınarak Mecelle'nin günümüz Türkçesine kazandırılması gerekmektedir. Mecelle'nin yazı dilinin günümüz yazı diline çevrilmesi, yani bugün kullanmakta olduğumuz Lâtin harfleri ile Mecelle'nin sunumu yönünde bazı çalışmalar yapılmıştır[2]. Anlam dilinde bir çeviri yapılmadığı için bu çeviriler Mecelle'nin anlaşılmasına katkıda bulunmakta yetersiz kalmıştır. Bu boşluğun doldurulması, Mecelle'nin bugün kullanılan dilde anlam olarak da ifade edilmesi için sayın Av. Cengiz İlhan bir gayretin içine girmiştir. Önce, Mecelle'nin Genel İlkelerini anlam bakımından günümüz Türkçesine çevirmiş; maddeleri şerhederek mütevazı, fakat kalıcı bir eser oluşturmuş ve bunu yayınlamıştır.

2010 yılı Baharında, sayın İlhan'ı, fakültemiz öğrencilerinin hazırladığı Kişisel Gelişim Seminerleri kapsamında düzenlenen Panel'e konuşmacı olarak davet ettim. Yaptığım daveti kabul edip programa geldiğinde kendisi ile ilk defa yüzyüze görüşme şansına erdim. Kendisine, Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi kitabından dolayı takdir ve teşekkürleri ifade ettikten sonra, Mecelle'nin tamamının günümüz Türkçesine kazandırılması gerektiğini; bu konuda bir çalışmasının olup olmadığını sorduğumda, böyle bir çalışmasının tamamlanmakta olduğunu söylemiştir. Bu çalışmanın tamamlanması ve yayınlanması halinde Hukuk Fakültesi öğrencilerinin Mecelle'yi okuyup anlayacakları günleri görebilmek beni heyecanlandırmıştı. Aradan aylar geçti; bir gün sayın İlhan beni aradı; çalışmasının tamamlandığını; ancak, yayınlanması konusunda bazı sıkıntılar yaşadığını; bu konuda yardımcı olup olamayacağımı sordu. Ben de, memnuniyetle yardımcı olacağımı söyledim. Aynı gün, sayın Muharrem Başer'le görüşüp böyle bir çalışmanın yayınlanması konusunda vardığımız mutabakatı sayın İlhan'a bildirdim. Elinizde tutmakta olduğunuz Mecelle'nin dizgi-tashih ve basım-yayın süreci 2010 Kasım ayında başladı. Şahsıma ait çalışmaları bir yana bırakıp, tashihlerin yapılması görevini ben üstüme aldım. Mecelle, bir kanundur; kanun metninde eksik-yanlış olmaması gerekir. Tashihler ve dizgi düzeltmeleri çok uzun sürdü. Çünkü, karşılıklı sayfaların birinde Lâtin harflerine çevrilmiş orijinal metin; diğerinde ise, bugünkü Türkçede anlamına yer verilmekte; kayma olmaması gerekmektedir. Bütün bunlar, geç de olsa, tamamlandı. Ve, Mecelle, günümüz Türkçesindeki anlamı ile bir kitap olarak basıldı.

Türk Hukukunun ölümsüz bir Kanunu'nu günümüz hukukçusunun ilgisine, bilgisine, anlayış ve kavrayışına sunarak ölümsüz bir hizmet yapmış olan sayın Av. Cengiz İlhan'ı şahsım ve tüm hukuka gönül vermiş olanlar adına can ü gönülden tebrik ediyorum. Eline, diline sağlık diyorum; gözünde fer, dizinde derman, yüreğinde iman, beyninde hakikat kıvılcımları daim olsun istiyorum. Kendisine sağlık, mutluluk, barış ve başarı dolu bir ömür diliyorum.
(SUNUŞ'tan Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ